

## Le consentement en matière d'agression sexuelle: peut-on sortir du labyrinthe sans le fil d'Ariane?

Antoine Manganas

Volume 29, numéro 2, 1988

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042892ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042892ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Manganas, A. (1988). Le consentement en matière d'agression sexuelle: peut-on sortir du labyrinthe sans le fil d'Ariane? *Les Cahiers de droit*, 29(2), 535-548.  
<https://doi.org/10.7202/042892ar>

### Résumé de l'article

The author attempts to demonstrate the difficulty of applying the new test provided by s. 244(4) of the *Criminal Code* and concerning the sincerity of the accused's belief in a case of sexual aggression.

Even if the judges of the Supreme Court of Canada, in two recent decisions (*Bulmer and Robertson*), reaffirmed the principle of *Pappajohn* that an honest and sincere mistake of fact to the existence of the victim's consent can constitute a defence to a criminal charge, we must give an explanation why the legislator changed the law by introducing this partly subjective and partly objective test.

The author thinks that this new test creates much confusion; it will be very difficult for judges to explain it adequately to the jury and for jury members to understand its real meaning.

In conclusion, the author believes that once again the legislator created an ambiguous situation because he did not dare to impose a clearly objective test.

Le consentement en matière d'agression sexuelle :  
peut-on sortir du labyrinthe sans le fil d'Ariane ?

Antoine MANGANAS \*

*The author attempts to demonstrate the difficulty of applying the new test provided by s. 244(4) of the Criminal Code and concerning the sincerity of the accused's belief in a case of sexual aggression.*

*Even if the judges of the Supreme Court of Canada, in two recent decisions (Bulmer and Robertson), reaffirmed the principle of Pappajohn that an honest and sincere mistake of fact to the existence of the victim's consent can constitute a defence to a criminal charge, we must give an explanation why the legislator changed the law by introducing this partly subjective and partly objective test.*

*The author think that this new test creates much confusion; it will be very difficult for judges to explain it adequately to the jury and for jury members to understand its real meaning.*

*In conclusion, the author believes that once again the legislator created an ambiguous situation because he did not dare to impose a clearly objective test.*

	Pages
Introduction .....	536
1. Les cas où le législateur impose une norme de comportement raisonnable .....	537
2. Le consentement en matière d'agression sexuelle .....	540
2.1. Le droit antérieur à 1983 .....	542
2.1.1. L'arrêt Pappajohn .....	542
2.1.2. L'arrêt Bulmer .....	543
2.2. Le droit actuel : nouvelle législation, même interprétation .....	545
Conclusion .....	548

\* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

## Introduction

Suite à certains arrêts de la Cour suprême du Canada<sup>1</sup> qui, *en matière de viol*, essayaient de concilier des choses parfois inconciliables, il y eut des réactions nombreuses qui ont conduit aux modifications de 1983, abolissant ainsi les infractions de viol et d'attentat à la pudeur<sup>2</sup>. La Cour suprême tentait, en effet, d'être sensible au mouvement féministe de la fin des années 1970 tout en respectant les droits fondamentaux des personnes accusées d'infraction de nature sexuelle.

Le législateur, en introduisant la nouvelle infraction d'agression sexuelle, a apporté d'importantes modifications dans ce domaine<sup>3</sup>. Il répondait ainsi aux attentes légitimes des femmes sans porter inutilement atteinte à certains principes fondamentaux du droit pénal.

Une des modifications, qui touche aussi bien l'agression sexuelle que les voies de fait, concerne la nature de la croyance de l'accusé quant au consentement de la victime. Ainsi, le nouvel article 244(4) du *Code criminel* se lit comme suit :

244(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant a consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge doit, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demander à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

Le juge doit donc dire au jury que, pour déterminer la sincérité de la croyance de l'accusé quant au consentement de la victime, il doit considérer la présence ou l'absence de motifs raisonnables.

Or, la question qui nous vient immédiatement à l'esprit est la suivante : étant donné qu'une erreur de fait honnête et sincère était suffisante en vertu du common law et de la jurisprudence<sup>4</sup>, le législateur a-t-il voulu modifier

---

1. Ces arrêts concernaient aussi bien la nature du consentement de la victime d'un viol : *Pappajohn c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 120, les questions sur le comportement sexuel antérieur de la victime : *Forsythe c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 268, que la règle sur la plainte spontanée de la victime : *Timm c. R.*, [1981] 2 R.C.S. 315.

2. P.L. C-127 adopté par la Chambre des communes le 4 août 1982.

3. L'agression sexuelle (*Code criminel*, art. 246.1) fait, désormais, partie du chapitre sur les voies de fait. La corroboration n'est plus exigée (art. 246.4), la règle relative à la plainte spontanée est abolie (art. 246.5), les questions sur le comportement sexuel du plaignant ont été presque complètement bannies (art. 246.6(1)), la preuve de réputation du plaignant a été exclue (art. 246.7) et il devient possible d'inculper le conjoint (art. 246.8).

4. *Pappajohn c. R.*, *supra*, note 1.

cette règle en faveur d'un test subjectif en l'objectivisant et jusqu'à quel point? La réponse à cette question est importante car, en droit criminel canadien, la règle est à l'effet qu'une erreur de fait honnête et de bonne foi sur un élément de l'*actus reus* de l'infraction, est suffisante pour constituer une défense<sup>5</sup>. C'est seulement exceptionnellement que le législateur impose une norme objective à respecter. Ceci se fait surtout lorsque la loi permet l'emploi d'une certaine force comme dans le cas de la légitime défense<sup>6</sup>. Il pourrait alors sembler curieux que le législateur devienne plus exigeant dans le cas d'une cause de justification, qui est un concept plus fort, et moins exigeant lorsqu'il s'agit d'une excuse<sup>7</sup>. Il ne faut pas oublier cependant que, dans ces cas, le souci primordial du législateur consiste à préserver l'ordre social en mettant des limites à l'emploi de la force. Est-il animé des mêmes motifs lorsqu'il exige désormais qu'il faut examiner le caractère raisonnable des motifs de la croyance de l'accusé au consentement de la victime d'une agression sexuelle? Son intention est-elle d'exiger qu'une personne ayant des rapports sexuels se comporte comme une personne raisonnable? C'est ce que deux arrêts récents de la Cour suprême<sup>8</sup> ont tenté de déterminer.

### 1. Les cas où le législateur impose une norme de comportement raisonnable

À la lecture du *Code criminel*, on constate que le législateur devient plus exigeant envers les justiciables lorsqu'ils adoptent des comportements représentant une certaine dangerosité comme dans le cas du port et du maniement

---

5. *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531 ; *The Queen v. Rees*, [1956] R.C.S. 640 ; voir sur la défense d'erreur de fait en général, G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *Droit pénal canadien*, Cowansville, Yvon Blais, 1984, p. 443 s.

6. V. par exemple, les articles 25, 27, 30, 32, 34, 35, 37(2), 43, 44, C. Cr. Il ne faut pas oublier aussi les infractions de responsabilité stricte où l'erreur de fait doit être raisonnable pour être acceptée comme cause disculpatoire : G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *supra*, note 5, p. 322.

7. E. COLVIN, *Principles of Criminal Law*, Toronto, Carswell, 1986, p. 167. Dans le Rapport 30 de la Commission de réforme du droit du Canada (C.R.D.), *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, vol. I, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1986, aux p. 43 et 44 on trouve :

Lorsque l'erreur porte sur les faits constituant une excuse ou une justification, le droit actuel est assez équivoque. Il semble toutefois que dans le cas de l'excuse, l'erreur soit suffisante si elle est de bonne foi, alors que dans le cas de la justification, l'erreur devrait aussi être raisonnable. À supposer que cette interprétation soit bien fondée, il s'agirait là d'une incohérence assez singulière. D'une part, la justification est un moyen de défense beaucoup plus fort que l'excuse en ce qu'elle ne fait pas que rendre la conduite excusable, mais lui enlève son caractère répréhensible. D'autre part, la croyance erronée concernant l'existence d'une justification semble moins forte que celle qui concerne une excuse parce que l'erreur doit être non seulement de bonne foi mais aussi raisonnable.

8. R. c. *Robertson* [1987] 1 R.C.S. 918, *Bulmer c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 782.

des armes à feu<sup>9</sup>, du devoir de protéger les ouvertures dans la glace ou les excavations<sup>10</sup> et du devoir de ceux qui pratiquent une opération chirurgicale<sup>11</sup>. Il impose alors à ces personnes un comportement raisonnable.

De la même façon, lorsqu'exceptionnellement, le législateur permet l'emploi de la force, il faut qu'il s'agisse de la force nécessaire ou raisonnable. C'est ainsi que les parents ou instituteurs qui corrigent un enfant peuvent avoir recours à la force pourvu qu'elle ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances<sup>12</sup>. Celui qui agit en légitime défense doit employer la force nécessaire en vertu de l'article 34(1) du *Code criminel*<sup>13</sup>.

La Cour suprême du Canada a, par ailleurs, suivi cette position du législateur dans un cas où il fallait déterminer si une personne ivre pouvait bénéficier de la légitime défense prévue à l'article 34(2) du *Code criminel*. Les juges ont décidé unanimement que la perception ou la croyance de l'accusé qui appréhende la mort ou une lésion corporelle grave doit se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances<sup>14</sup>.

« Cette condition légale du caractère raisonnable est ce qui distingue le moyen de défense fondé sur le par. 34(2) de la règle générale concernant l'erreur de fait énoncée dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120 »<sup>15</sup>.

La défense de « force excessive » a aussi été victime de cette tendance à respecter une certaine objectivité. C'est ainsi que dans *Faid*<sup>16</sup> le juge Dickson

9. *Code criminel*, art. 84(2) s.; *R. v. Batalha*, (1983) 70 C.C.C. (2d) 190 (C.A. C.-B.)

10. *Code criminel*, art. 243.3; *R. v. Aldergrove Competition...*, (1982) 69 C.C.C. (2d) 183 (C.C. C.-B.); *R. v. City of Prince George*, (1982) 8 W.C.B. 300 (C.C. C.-B.).

11. *Code criminel*, art. 45.

12. *Code criminel*, art. 43. Voir *Ogg-Moss c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 171; *Campeau v. The King*, [1951] B.R. 784; *R. v. Haberstock*, (1971) 1 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Kanhai*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 71 (C.D. Sask.). Voir aussi C.R.D., *Les voies de fait*, Document de travail 38, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 44 s.

13. On peut citer aussi l'art. 25 du *Code criminel* concernant la personne qui a recours à la force dans l'application de la loi: *Cluett c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 216; J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 273. D. STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, Toronto, Carswell, 1982, p. 411; A. MANGANAS, *La défense d'erreur de droit et son application en droit pénal canadien*, thèse de doctorat, Université Laval, 1982, p. 351 s.

14. *Reilly c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 396.

15. *Id.*, p. 404. Il faut admettre que le texte de l'art. 34(2) est très clair. Pour qu'une personne qui cause la mort ou des lésions graves, en repoussant une attaque, soit disculpée, elle doit avoir des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle ne résulte de l'attaque en plus de passer avec succès les autres étapes du même article.

16. *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265.

a répété que cette défense, trouvant son origine en droit australien<sup>17</sup>, ne peut pas être acceptée en droit canadien vu les termes spécifiques du *Code criminel*<sup>18</sup> :

Le point de vue de la Cour d'appel de l'Alberta selon lequel il existe un abri « à mi-chemin » de l'art. 34 du *Code* ne s'applique pas, à mon avis, au régime canadien de droit criminel codifié ; cette théorie ne repose sur aucun principe reconnu et son application nécessiterait des exposés au jury à la fois prolixes et complexes et, en outre, inciterait les jurys, au préjudice soit de l'accusé soit du ministère public, à rendre des verdicts qui ne sont que des compromis. Lorsqu'un homicide résulte de l'emploi de force excessive en légitime défense, l'accusé perd la justification fournie par l'art. 34. Il n'existe pas de justification partielle aux termes de l'article.<sup>19</sup>

Enfin et concernant la défense de provocation en matière de meurtre, la Cour suprême<sup>20</sup> a refusé de subjectiviser le test objectif prévu par la loi. Le *Code criminel* prévoit<sup>21</sup> qu'une action injuste ou une insulte capable de priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid<sup>22</sup>. Or, certaines cours d'appel canadiennes suivant la tendance de l'arrêt *Camplin*<sup>23</sup>, avaient subjectivisé le test objectif de l'homme ordinaire en considérant les qualités personnelles de l'accusé, telles que son âge et son sexe<sup>24</sup> ou encore les conditions entourant son geste<sup>25</sup>.

Encore une fois, en adoptant une position formaliste et en se rattachant au texte de la loi, la Cour suprême refusa de s'aventurer sur le terrain d'un test plus subjectif dans ce domaine où la fragilité humaine se fait durement sentir. Le juge en chef Dickson précisa d'abord que c'est la préoccupation de la société d'encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le

17. Pour les décisions canadiennes ayant suivi cette tendance, voir *R. v. Fraser*, (1980) 55 C.C.C. (2d) 503 (C.A. Alta.) *R. v. Gee*, (1980) 55 C.C.C. (2d) 525 (C.A. Alta.). Les juges avaient en effet estimé que la culpabilité morale de celui qui a tué en employant la force excessive ne peut pas être la même que la culpabilité de celui qui tue de sang-froid.

18. Le juge en chef Dickson avait déjà exprimé cette position dans *R. c. Gee*, [1982] 2 R.C.S. 286 et *Brisson c. R.*, [1982] 2 R.C.S. 227.

19. *R. c. Faid*, *supra*, note 16, p. 271.

20. *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313.

21. *Code criminel*, art. 215(2).

22. Voir A. MANGANAS, « Quelques réflexions à propos du document de la C.R.D. traitant de l'homicide », (1985) 26 *C. de D.* 787.

23. *D.P.P. v. Camplin*, [1978] 2 All ER 168.

24. *R. v. Hill*, (1983) 32 C.R. (3d) 88 (C.A. Ont.).

25. *R. v. Daniels*, (1984) 7 C.C.C. (3d) 542 (C.A. T.N.-O.).

droit à adopter le critère objectif. Le droit criminel se soucie ainsi de fixer des normes au comportement humain <sup>26</sup>.

On voit alors que le législateur et le plus haut tribunal du pays insistent sur l'application d'une norme objective de comportement lorsqu'il s'agit de permettre l'emploi par une personne de la force physique. Derrière cette attitude nous retrouvons le souci du législateur de maintenir un ordre social acceptable et la crainte de voir la violence déferler dans la rue et devenir incontrôlable <sup>27</sup>.

## 2. Le consentement en matière d'agression sexuelle

Le consentement de la victime a toujours été considéré comme une défense en matière de voies de fait, de viol et d'agression sexuelle. Quant à savoir si cet élément essentiel de l'infraction appartient à l'*actus reus* ou au *mens rea* de l'infraction, il est évident que lorsqu'une personne consent à subir un certain degré de violence, on ne peut alors parler d'infraction vu que l'*actus reus* du crime fait défaut. Mais s'il appert que l'accusé se trompe sur l'existence d'un consentement, absent en réalité, c'est plutôt l'élément du *mens rea* qui fait défaut. Il semble donc que le concept du consentement fait partie autant de l'élément matériel que de l'élément mental de l'infraction <sup>28</sup>.

Relié directement à l'existence du consentement est le problème de ses limites. L'accusé prétend souvent qu'il s'est trompé sur les limites du consentement. Cette situation se présente fréquemment dans le domaine de la violence sportive <sup>29</sup>. Ainsi les joueurs de sports violents prétendent souvent que leurs adversaires ainsi qu'eux-mêmes consentent et acceptent les risques

---

26. R. c. Hill, *supra*, note 20, p. 324. Il faut admettre cependant qu'un peu plus loin le juge en chef précise que le « bon sens collectif » du jury l'amènera à attribuer à la personne ordinaire toutes les caractéristiques générales pertinentes relativement à la provocation en question. Ainsi, des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif. *Id.*, p. 331.

27. Il est utile de faire le lien avec les cas de « légitime défense » invoquée par certains commerçants et avec les mouvements d'autodéfense que nous rencontrons ailleurs dans le monde. Voir J. GAGNÉ, *La légitime défense : de Goetz à Kesler*, La Presse, vendredi 10 juillet 1987, p. B-3.

28. G. CÔTÉ-HARPER et A. MANGANAS, *supra*, note 5, p. 539 ainsi que R. c. Robertson, *supra*, note 8.

29. G. LÉFOURNEAU et A. MANGANAS, « La légalité des sports violents et le Code criminel », (1977), 55 R. du B. Can. 256.

d'une certaine violence inhérente à un sport<sup>30</sup>. Le concept de l'ordre public intervient alors en interdisant les combats concertés<sup>31</sup> ainsi que l'infliction des lésions corporelles<sup>32</sup>.

L'ordre public est aussi le critère déterminant en matière de traitement chirurgical ainsi que lors d'une intervention dans un but non-thérapeutique, quoique l'utilité sociale de ces activités devienne de plus en plus un critère important<sup>33</sup>.

Pendant, en matière d'agression sexuelle, la question des limites du consentement n'avait pas été suffisamment discutée mis à part certains cas de rapports sado-masochistes<sup>34</sup> ou des cas de sodomie et de grossière indécence<sup>35</sup>. Le législateur a toujours eu une certaine réticence à réglementer ce que les gens accomplissent dans leurs chambres à coucher. Ceci était peut-être aussi dû au fait que s'il n'y avait pas eu pénétration<sup>36</sup>, il y avait toujours possibilité d'obtenir une condamnation pour l'infraction moindre d'attentat à la pudeur<sup>37</sup>. Cette dernière infraction étant abrogée en 1983, il suffit d'avoir un attouchement avec une connotation sexuelle<sup>38</sup>, en l'absence du consentement de la victime, pour constituer légalement un cas d'agression sexuelle.

Un accusé pour agression sexuelle pourra donc continuer de prétendre qu'il s'est trompé sur l'existence du consentement de la victime ou qu'il s'est trompé sur les limites de ce consentement. Cette possibilité semble être contrebalancée par le législateur qui exige désormais que pour déterminer la sincérité de la croyance de l'accusé, il faut examiner si elle était fondée sur des motifs raisonnables.

---

30. R. c. *Tardy*, [1986] R.J.Q. 2607 (C.S.P.); R. v. *Green*, (1971) 2 C.C.C. (2d) 442 (C.P. Ont.); R. v. *Maki*, (1971) 1 C.C.C. (2d) 333 (C.P. Ont.); R. v. *Watson*, (1976) 26 C.C.C. (2d) 150 (C.P. Ont.); R. v. *St.-Croix*, (1979) 47 C.C.C. (2d) 122 (C.C. Ont.); R. v. *Thiel*, (1982) 8 W.C.B. 154 (C.C. Ont.).

31. *Code criminel*, art. 81.

32. R. c. *Tardy*, *supra*, note 30; R. v. *Maloney*, (1976) 28 C.C.C. (2d) 323 (C.C. Ont.).

33. C.R.C., *supra*, note 7 M.A. SOMERVILLE, *Le consentement à l'acte médical: une étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada*, Ottawa, C.R.D., 1980.

34. *The King v. Donovan*, [1934] 2 K.B. 498 (C.A.).

35. V. A. MANGANAS, *Les infractions contre la personne*, tome I, Faculté de droit, Université Laval, 1980.

36. Ancien article 3 du *Code criminel*.

37. Ancien article 147 du *Code criminel*.

38. R. c. *Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.



## 2.1. Le droit antérieur à 1983

### 2.1.1. L'arrêt *Pappajohn*

Dans cette cause de viol, dont les faits sont difficiles à établir et devant deux témoignages contradictoires, les juges majoritaires de la Cour suprême ont rejeté la preuve de l'accusé tout en maintenant la possibilité d'invoquer au Canada une défense d'erreur de fait sincère sur l'existence du consentement de la victime. L'arrêt *Beaver*<sup>39</sup> a été reconfirmé. L'erreur n'a pas à être fondée sur des motifs raisonnables<sup>40</sup>.

Dans une opinion dissidente, le juge Lambert s'est dit d'avis qu'il y avait une preuve suffisante pour que le moyen de défense soit soumis au jury. Il aurait dit au jury que s'il concluait que, bien qu'erronément, l'accusé croyait sincèrement et pour des motifs *raisonnables* à l'existence du consentement, celui-ci avait le droit d'être acquitté. C'est une opinion que je ne peux partager vu la déclaration de cette Cour dans l'arrêt *Beaver* c. *La Reine*, à la p. 538.

Cependant, pour que le juge du procès soumette cette défense d'erreur de fait au jury, la preuve doit contenir des éléments pouvant appuyer ce moyen de défense<sup>41</sup>. Cette exigence de vraisemblance de la thèse de l'accusé n'était pas présente dans ce cas :

En l'espèce pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. [...] À mon avis, le juge du procès a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour que le moyen de défense d'erreur de fait soit soumis au jury.<sup>42</sup>

Par contre, le juge Dickson, dissident, aurait ordonné un nouveau procès devant les contradictions flagrantes des deux témoignages. Après avoir cité Howard et le Rapport anglais Heilbron à l'effet qu'«[...] il est facile pour un homme attentif à son propre désir de se tromper sur les intentions d'une femme ou d'une fille qui elle-même peut hésiter sur quoi faire »<sup>43</sup>, il précisa :

39. *Beaver v. R.*, *supra*, note 5.

40. *Pappajohn* c. *R.*, *supra*, note 1, p. 126. La même position est adoptée sur ce point par le juge Dickson, dans sa dissidence. *Id.*, p. 150. Mais le juge Martland qui concourt au jugement majoritaire estime que la question de déterminer si l'erreur de l'accusé doit être fondée sur des motifs raisonnables, reste à trancher. *Id.*, p. 131.

41. *Id.*, p. 126.

42. *Id.*, p. 128 et 132.

43. *Id.*, p. 149 et 155, et p. 163 où on trouve :

[...] il peut se présenter de nombreuses situations ambiguës dans les relations sexuelles ; par conséquent, quelle que soit la précision des termes de la loi, elle ne peut pas résoudre toujours ces problèmes adéquatement ; en premier lieu, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles les parties interprètent la situation différemment, et il peut être impossible de décider avec certitude quelle interprétation est la bonne.

La réponse habituelle des personnes accusées de viol est — « elle a consenti ». Devra-t-on désormais acquitter ces personnes parce qu'elles disent : « même si elle n'a pas consenti, je croyais qu'elle consentait » ? [...] Le débat actuel dans les tribunaux et les journaux spécialisés sur la question de savoir si l'erreur doit être fondée, est important sur le plan conceptuel pour l'évolution harmonieuse du droit criminel, mais, à mon avis, c'est sans importance pratique, parce qu'il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des « motifs raisonnables » ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé.<sup>44</sup>

Les juges de la Cour suprême ont donc semblé unanimes sur le point que la preuve présentée par l'accusé doit avoir une certaine vraisemblance et qu'il ne suffit pas de n'importe quelle explication. Cette décision pourrait être qualifiée de compromis. D'une part, les juges ont reconfirmé le principe d'une erreur de fait honnête et sincère mais d'autre part, ils ont précisé qu'il ne suffira pas de n'importe quelle prétention pour qu'elle soit prise en considération.

En fait, le droit n'a pas été modifié mais plutôt précisé avec l'arrêt *Pappajohn*<sup>45</sup> au grand désespoir des mouvements féministes qui attendaient de la Cour suprême une solution différente.

### 2.1.2. L'arrêt *Bulmer*<sup>46</sup>

Cette décision présente un intérêt particulier en ce sens que même si l'accusation avait été portée en vertu des anciens articles 143 et 149 du *Code criminel*<sup>47</sup>, le juge McIntyre, dans un *obiter*, émet des commentaires sur le nouvel article 244(4) C.cr. concernant le consentement en matière d'agression sexuelle.

Il s'agissait, en l'espèce d'une autre cause présentant des faits difficiles à élucider. La victime était une prostituée qui cherchait des clients dans la rue. Répondant à l'invitation de l'un des trois accusés, elle l'a suivi dans sa chambre d'hôtel après avoir accepté d'offrir ses services pour quatre-vingt

44. *Id.*, p. 155 et 156.

45. Sur la question du consentement en matière de viol voir aussi les arrêts : *Sansregret c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Bresse c. R.*, [1978] C.A. 443; *R. v. Plummer and Brown*, (1976) 24 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.).

46. *R. c. Bulmer*, *supra*, note 8.

47. Viol et attentat à la pudeur.

dollars. Lorsqu'ils sont montés à la chambre où la victime fut mise en présence des deux autres accusés, elle s'est opposée à leur présence. Ils sont alors partis après avoir essayé en vain de lui faire changer d'idée. La victime leur a donné ses prix et leur a dit de revenir dans vingt minutes. À partir de ce moment, les versions des deux parties divergent. La fille prétend que les deux hommes qui étaient partis, sont revenus, lui ont demandé de retourner l'argent qu'elle avait reçu de Bulmer et l'ont forcé à accomplir divers actes sexuels avec les trois accusés. Elle s'est soumise car elle avait peur.

Par contre, les accusés prétendent qu'ils lui ont offert un prix moindre pour des rapports sexuels et que, même si elle était nerveuse elle a quand même accepté. Aucune menace n'a été proférée et la fille est partie après les actes sexuels. Un témoin indépendant, voisin de chambre, n'a pas entendu de menaces mis à part les discussions sur le prix.

La question du consentement a été soulevée par les accusés. Le juge du procès a présenté l'argument subsidiaire sur la croyance sincère au consentement. Le jury a déclaré les deux accusés coupables de viol et le troisième, Bulmer, coupable de l'infraction incluse d'attentat à la pudeur.

L'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté, mais l'appel à la Cour suprême du Canada a été maintenu et un nouveau procès fut ordonné.

Le juge McIntyre précisa d'abord ce qu'il entendait par cette exigence d'apparence de vraisemblance dans l'arrêt *Pappajohn* :

Ces termes paraissent, à l'occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation « je croyais qu'elle consentait » sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou des circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense « d'erreur de fait », il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit soumis au jury. [...] La question à laquelle il doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable ? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances.<sup>48</sup>

Mais le juge McIntyre s'avança dans un *obiter* et précisa que le nouvel art. 244(4) du *Code criminel* sur le consentement ne modifie pas le droit appliqué dans *Pappajohn* dans le sens qu'il n'exige pas que la croyance erronée soit raisonnable. Il établit seulement que, dans l'examen de la question de la sincérité de la croyance, la présence ou l'absence de motifs

48. R. c. *Bulmer*, *supra*, note 8, p. 790.

raisonnables sont des facteurs pertinents que le jury doit prendre en considération<sup>49</sup>.

Le rôle du jury était déjà extrêmement difficile même avant l'entrée en vigueur de l'art. 244(4) si on en juge par les directives que le juge du procès avait donné dans la cause que nous analysons :

Si vous décidez qu'il y a certains éléments de preuve qui pourraient vous aider à conclure que même si la fille ne consentait pas, *vous avez accepté que, s'il y a un certain fondement permettant aux accusés de croire qu'elle consentait, cela constituerait un moyen de défense, mais il doit être fondé sur quelque chose d'autre que quelque chose dans leur esprit, il doit être fondé sur quelque chose d'autre, certains éléments de preuve dont on peut déduire qu'elle pouvait être consentante.*

• • •

*Maintenant c'est — c'est seulement, évidemment, lorsqu'il existe des motifs raisonnables à l'appui de la croyance parce qu'il peut difficilement s'agir d'une croyance sincère si elle n'est pas fondée sur quelque chose qui l'appuie et il n'est pas suffisant de dire je crois qu'elle s'opposait au viol, il faut qu'il y ait quelque chose d'autre, quelque chose que vous pouvez recueillir dans les éléments de preuve pour appuyer cette position.*<sup>50</sup>

Le nouvel article 244(4) ne semble pas avoir eu comme objectif de faciliter les choses, bien au contraire. Car, que signifie au juste « une croyance sincère fondée sur des motifs raisonnables » ? La Cour suprême a essayé de l'exposer dans l'arrêt Robertson<sup>51</sup> mais sans succès, quant à nous.

## 2.2. Le droit actuel : nouvelle législation, même interprétation

Dans cette décision, les faits étaient les suivants : la victime prétendait que l'accusé, qu'elle voyait pour la première fois, s'est fait admettre dans son appartement tôt un matin en se faisant passer pour un ami de sa compagne de chambre. La victime a dit à l'accusé que s'il ne partait pas elle criait. L'accusé lui a mis une main sur la bouche et de l'autre il l'a prise par les cheveux, l'a poussée par terre, l'a menacée, l'a frappée une fois pour finalement l'agresser sexuellement. La victime se tenait tranquille sous l'effet de la terreur, craignant que, si elle résistait, l'accusé ne la blesse. Après un certain temps, l'accusé s'est rhabillé et est parti. À son procès, Robertson n'a pas témoigné et n'a pas cité des témoins. Pour se défendre, il a fait valoir que la victime avait consenti ou subsidiairement, qu'il croyait qu'elle avait consenti.

49. *Ibid.*

50. Cité et souligné par le juge McIntyre dans *R. c. Bulmer*, *supra*, note 8, p. 794, 795.

51. *R. c. Robertson*, *supra*, note 8.

La compagne de la victime a témoigné à l'effet que lorsqu'elle est arrivée peu après l'incident, elle a trouvé la plaignante toute bouleversée et avec une meurtrissure au-dessus de l'œil. Le Dr. Gordon a témoigné à l'effet qu'il a examiné la plaignante après l'incident et qu'il a découvert une tache rouge au-dessus de son sourcil gauche, une sorte d'abrasion mineure du genre que pourrait occasionner une gifle moyennement violente. Un examen vaginal de la plaignante a permis au médecin de constater une légère rougeur du col de l'utérus, chose qui pouvait s'expliquer par des rapports sexuels forcés. Au cours de son contre-interrogatoire, le Dr. Gordon a témoigné que cela pouvait aussi s'expliquer par des rapports sexuels énergiques...

Le jury a déclaré Robertson coupable d'agression sexuelle en vertu de l'art. 246.1(1)a) C.Cr. La Cour d'appel a cependant accueilli l'appel logé par l'accusé et ordonné un nouveau procès sur le point que le juge du procès avait omis de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction à l'effet que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non.

La pourvoi devant la Cour suprême visait donc à déterminer, entre autres, si un juge doit toujours dire au jury que, dans un cas d'agression sexuelle, il faut examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement de la part de la victime.

Le juge Wilson réaffirme que pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé sur son erreur de perception. Cette présentation des éléments de preuve peut-être faite par le ministère public ou par la défense. Si la preuve ne ressort pas du dossier de la poursuite c'est seulement à ce moment qu'il appartiendra à l'accusé de produire cette preuve s'il veut qu'elle soit soumise au jury. Le juge Wilson cite le juge Dickson dans *Pappajohn*<sup>52</sup> à l'effet que le moyen de défense d'erreur de fait est une simple négation du *mens rea* qui ne fait peser sur l'accusé aucune charge de la preuve. Il doit toutefois produire une preuve suffisante pour que ce moyen de défense soit laissé au jury.

En ce qui concerne les nouvelles dispositions de l'art. 244(4) du *Code criminel* sur le consentement, elles indiquent clairement qu'il n'y a aucune obligation du juge du procès de demander à chaque cas au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, au consentement. L'article pose certaines exigences. Il exige que l'accusé allègue une croyance sincère au consentement. Deuxièmement, le juge du procès ne doit présenter cette question que s'il est convaincu « qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury ». Il faut des

52. *Supra*, note 1.

éléments de preuve qui prêtent une apparence de vraisemblance au moyen de défense d'erreur de fait pour que le tribunal le considère. À partir du moment où le juge du procès décide de soumettre au jury la question, l'art. 244(4) prévoit qu'il doit lui demander de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour cette croyance. Le juge Wilson estime que cette partie de l'art. 244(4) reflète l'opinion du juge Dickson, dissident, dans *Pappajohn* :

Il me semble donc que le par. 244(4) permet toujours qu'une croyance sincère mais déraisonnable au consentement constitue un moyen de défense. Il oblige néanmoins le jury à considérer la présence ou l'absence de motifs raisonnables comme un élément important à retenir en déterminant si l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement. Telle est l'interprétation du par. 244(4) adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. White*, précité, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Moreau*, précité. C'est également le point de vue exprimé dans la doctrine [...] <sup>53</sup>

Le juge semble donc dire qu'il n'y a eu aucun changement du droit quant à l'erreur de perception sur l'existence du consentement en matière d'agression sexuelle. Et pourtant le texte de loi a été modifié et, en principe, le législateur ne parle pas pour ne rien dire.

En effet, l'ancien art. 143 du *Code criminel*<sup>54</sup> qualifiait de viol les rapports sexuels d'un homme sans le consentement de la femme et ne faisait aucune mention de la croyance erronée mais sincère de l'accusé. Le législateur devrait donc avoir une certaine motivation en procédant à cette modification.

On peut supposer qu'il voulait faire un pas vers l'égalité des sexes en ce sens qu'un non prononcé par une femme est un non clair et pas un oui voilé. Que désormais, l'accusé prétextant qu'il croyait que la victime consentait doit avoir des motifs raisonnables justifiant sa croyance. Cette situation si, vraiment, c'est ce que la loi visait, est claire et veut qu'un homme se comporte comme une personne raisonnable quand il a des rapports sexuels. Il doit, par conséquent, changer de mentalité et rejeter le carcan que lui ont imposé une éducation sexiste et défaillante. Cette position supposerait cependant, l'adoption de la part du législateur, et ce de façon claire, d'un test objectif pour déterminer le comportement de l'accusé. Ceci n'apparaît pas clairement dans les textes. Et on ne peut pas blâmer les juges de la Cour suprême, lesquels, devant une loi obscure et ambiguë qui cherche à ménager tout le monde ont essayé de concilier des principes contradictoires. Quant à nous, le législateur n'a pas eu le courage d'aller aussi loin que certains mouvements féministes l'exigeaient, avec comme résultat la création d'une situation confuse.

53. *R. c. Robertson*, *supra*, note 8, p. 939.

54. S.R.C. 1970, c. C-34.

## Conclusion

Que faut-il alors penser du jury qui devient le seul responsable pour déterminer cette épineuse question, question que les juges eux-mêmes n'ont pas pu résoudre.

Les jurés nous rappellent dans ce cas Thésée qui cherche désespérément à sortir du labyrinthe. Malheureusement, Ariane, en l'occurrence le législateur, n'a pas de fil magique pour qu'ils puissent s'en sortir.

Peut-on s'aventurer et supposer que le message voilé que le législateur a adressé aux jurés en 1983 était le suivant ?

J'ai voulu promouvoir l'égalité des sexes en matière de rapports sexuels mais je ne suis pas sûr qu'il faut encore faire pleine confiance aux femmes qui sont des êtres fragiles pouvant parfois se tromper sur ce qu'elles veulent. Vous devez donc garder dans votre esprit, cette éventualité et considérer qu'un homme peut se tromper en croyant sincèrement qu'une femme consent. Mais il faut quand même s'assurer que l'accusé était sincère de façon raisonnable. À partir de là il vous appartient de trouver si les motifs de la sincérité de la croyance de l'accusé étaient raisonnables ou pas.

Sincèrement, je ne voudrais pas siéger au sein d'un jury qui devrait déterminer cette question.